

Sygn. akt: KIO 2743/15

WYROK

z dnia 7 stycznia 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2016 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2015 roku przez wykonawcę **A.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Pralmag Serwis A.C., ul. Boya-Żeleńskiego 108c, 40-750 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 im. S. Szyszko Śląskiego UM w Katowicach, ul. 3-go Maja 13-15, 41-800 Zabrze**

przy udziale wykonawcy **Pralnia Silesia Sp. z o.o., Al. Korfantego 181b, 40-153 Katowice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **A.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Pralmag Serwis A.C., ul. Boya-Żeleńskiego 108c, 40-750 Katowice** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Pralmag Serwis A.C., ul. Boya-Żeleńskiego 108c, 40-750 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **A.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Pralmag Serwis A.C., ul. Boya-Żeleńskiego 108c, 40-750 Katowice** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego Nr 1 im. S. Szyszko Śląskiego UM w Katowicach, ul. 3-go Maja 13-15, 41-800 Zabrze** kwotę **4 301 zł**

00 gr (słownie: cztery tysiące trzysta jeden złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

17 grudnia 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 w zw. z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca A.C., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Pralmag Serwis z siedzibą w Katowicach, zwany dalej „Odwołującym”.

Przetarg ma świadczenie kompleksowych usług pralniczych i napraw szwalniczych wraz z transportem, nr ogłoszenia o zamówieniu 2015/S 202-366967, prowadzi Zamawiający: Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 im. Prof. Stanisława Szyszko Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach z siedzibą w Zabrze.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie całkowitego odtajnienia str. 43, 44 i 46 oferty firmy Pralnia Silesia Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, zawierających potwierdzenie należytego wykonania usługi oraz str. 47 w/w oferty zawierającej oświadczenie o dysponowaniu dodatkową pralnią;
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp poprzez nie zażądanie od wykonawcy wykazania spełnienia warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia i dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz nie zażądanie udowodnienia, iż wskazane przez firmę Pralnia Silesia dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez nie odrzucenie oferty wykonawcy i nie wykluczenie wykonawcy z postępowania wobec niezgodności oferty z SIWZ i nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprzekazanie Odwołującemu wykazu usług stanowiącego załącznik do oferty firmy Prania-Silesia .

Odwołujący wskazał, że ma interes prawny w złożeniu odwołania, albowiem z naruszeniem przepisów ustawy Pzp i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji utajniono częściowo poświadczenia posiadania wiedzy i doświadczenia oferty, która została uznana za najkorzystniejszą, w ten sposób Odwołujący utracił możliwość sprawdzenia posiadania przez tego wykonawcę stosownych referencji wymaganych przez Zamawiającego, a Zamawiający zaniechał sprawdzenia posiadania przez wybranego wykonawcę odpowiedniego doświadczenia i wiedzy oraz posiadania odpowiedniego potencjału technicznego, w postaci zapasowej pralni. Oferta Odwołującego uzyskała drugi

wynik w punktacji przy ocenie i wyborze najkorzystniejszej oferty w ten sposób, przy nieodrzuconiu oferty i niewykluczeniu firmy Pralnia Silesia Sp. z o.o. z postępowania, Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia, ponosząc w ten sposób wymierną szkodę.

Ad 1. Zamawiający dopiero na wniosek Odwołującego, po wyborze najkorzystniejszej oferty, częściowo odtajnił referencje. Nie odtajniono nazw firm udzielających referencji. Uniemożliwia to sprawdzenie, czy oferta wybranego wykonawcy spełnia warunek określony w SIWZ, tj. posiadanie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający żądał dla wykazania tego warunku przedstawienia co najmniej dwóch usług pralniczych odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowemu zamówieniu, tj. świadczenie kompleksowych usług pralniczych i napraw szwalniczych wraz z transportem, o wartości brutto min. 300 000 zł każda. Odwołujący zna rynek pralniczy na terenie woj. śląskiego i województw ościennych, tak w zakresie potencjalnych wykonawców, jak i potencjalnych zamawiających i jego zdaniem firma Pralnia Silesia Sp. z o.o. nie legitymuje się tego rodzaju doświadczeniem. Zastrzeżenie nazw firm udzielających referencji nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i zaniechanie zamawiającego poprzez nieujawnienie w pełni referencji, narusza zasadę jawności postępowania przetargowego i zasadę uczciwej konkurencji.

Ad 2. Zamawiający prowadzi szpital od wielu lat. Od wielu lat stosuje również ustawę Pzp, stąd też powinien znać rynek usług pralniczych i posiadać orientację co do potencjalnych wykonawców. Złożone przez firmę Pralnia Silesia poświadczenia należytego wykonania usługi powinny wzbudzić u Zamawiającego wątpliwości co do ich zgodności z rzeczywistością. Dlatego też Zamawiający winien zażądać dowodów na potwierdzenie posiadania wiedzy i doświadczenia.

Do oferty wykonawca Pralnia Silesia dołączyła wyjaśnienia dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa, jednakże wyjaśnienia te nie stanowią przekonujących argumentów za utajnieniem referencji i posiadania zapasowej pralni.

Ad 3. Zdaniem Odwołującego, oferta wybrana przez Zamawiającego nie spełnia warunków określonych w SIWZ, ponieważ nie dysponuje wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem w postaci wykazania co najmniej 2 usług pralniczych odpowiadającym swoim rodzajem przedmiotowemu postępowaniu, tj. świadczeniem kompleksowych usług pralniczych i napraw szwalniczych wraz z transportem o wartości bruto nie mniejszej niż 300.000 zł każda, jak również nie posiada zapasowej pralni. Dlatego też oferta wybranego wykonawcy winna być odrzucona, a wykonawca wykluczony z postępowania.

Ad 4. Odwołujący wnosił o doręczenie załącznika do oferty firmy Prania Silesia w postaci wykazu usług, jednakże Zamawiający nie przekazał tego dokumentu Odwołującemu.

Odwołujący wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu odtajnienia wskazanych w odwołaniu dokumentów oraz dokonanie powtórnej czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych;

W uzasadnieniu podniesiono, że oferta firmy Pralnia Silesia zawierała zastrzeżenie dotyczące utajnienia szeregu dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający, mimo obowiązku wyjaśnienia treści oferty i sprawdzenia warunków udziału wykonawców w postępowaniu zaniechał dokonania tych czynności. Zamawiający powinien znać rynek usług pralniczych i orientować się co do możliwości uzyskania referencji przez wybranego wykonawcę, a to z tego względu, że wartość żądanych usług na wykazanie doświadczenia była znaczna i jest mało prawdopodobne, by na terenie miast, z których pochodzą referencje wybrany wykonawca posiadałby zlecenia na usługi pralnicze na kwotę co najmniej 300.000 zł brutto.

Na wniosek Odwołującego, Zamawiający częściowo odtajnił referencje i oświadczenie co do posiadania zapasowej pralni. Zdaniem Odwołującego odtajnienie powinno nastąpić o wiele wcześniej, bo już na etapie oceny ofert i winien to dokonać Zamawiający z własnej inicjatywy. Wyjaśnienia złożone przez firmę Pralnia Silesia, odnośnie zastrzeżenia tajemnicy, nie zawierają przekonujących argumentów, które upoważniałyby do tego rodzaju zastrzeżenia. Firma Pralnia Silesia ograniczyła się do kilku ogólnikowych stwierdzeń, które nie świadczą o tym, by dokumenty w postaci referencji i pralni zapasowej stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający zaniechał zażądania od firmy Pralnia Silesia udowodnienia, iż przedmiotowe dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający w ten sposób naruszył zasadę jawności postępowania i uczciwej, równej konkurencji.

Zdaniem Odwołującego nie odtajniąc całkowicie przedmiotowych dokumentów naruszono interes prawny Odwołującego, uniemożliwiając sprawdzenie prawidłowości oferty firmy Pralnia Silesia. Według wiedzy Odwołującego, funkcjonującego na rynku od prawie 30 lat, firma ta nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, w postaci wiedzy i doświadczenia, jak również posiadania zapasowej pralni, odpowiadającej warunkom stawianym przez Zamawiającego.

Odwołujący otrzymał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, drogą mailową w dniu 9 grudnia 2015 r., odwołanie złożono więc w ustawowym terminie. Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię odwołania. Wpis w wymaganej wysokości został w terminie uiszczony na odpowiedni rachunek UZP.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu z powodu niespełniania warunku udziału oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Zaniechanie przez Zamawiającego odtajnienia treści dokumentów znajdujących się w ofercie wybranego wykonawcy, na podstawie których potwierdzono, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu spowodowało, że pozostali wykonawcy mieli co najmniej utrudnioną możliwość weryfikacji prawidłowości działań Zamawiającego, co oznacza, że gdyby zarzuty okazały się zasadne, uwzględnienie odwołania mogłoby mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Z tych też powodów odwołanie nie podlegało oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, z uwagi na brak wpływu postępowania odwoławczego na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale o jego oddaleniu zdecydowały przesłanki merytoryczne niezasadności zarzutów.

Zamawiający na rozprawie złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Pralnia Silesia Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach. Przystąpienie uznano za skuteczne. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, że:

Zgodnie z Rozdziałem 5. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU I SPOSÓB ICH OCENY SIWZ Zamawiający ustalił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w ustawie Pzp dotyczące: (...)

2) posiadania wiedzy i doświadczenia wykazując, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie wykonali co najmniej dwie usługi pralnicze odpowiadające swoim rodzajem niniejszemu zamówieniu tj. świadczenia kompleksowych usług pralniczych i napraw szwalniczych wraz z transportem o wartości brutto nie mniejszej niż 300 000,00 zł brutto (słownie: trzystatysięczlotych00/100) każda.

Dla potwierdzenia, że Wykonawca spełnia warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia należało dołączyć do oferty wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Dowodami mogły być: a) poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert; b) oświadczenie Wykonawcy – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia.

Zamawiający wymagał także oświadczenia, że Wykonawca przez cały okres trwania umowy dysponować będzie dodatkową pralnią spełniającą wszystkie wymagania wskazane przez Zamawiającego, która w przypadku awarii może przejąć realizację przedmiotu zamówienia oraz wskazania adresu pralni spełniającej wszystkie wymagania wskazane przez Zamawiającego, która w przypadku awarii może przejąć realizację przedmiotu zamówienia.

Przystępujący do oferty załączył wykaz usług i referencje potwierdzające należyte ich wykonanie oraz zobowiązanie podmiotu, który zapewnił będzie dodatkową pralnię, zastrzegając te dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W części niejawniej wykonawca zamieścił także uzasadnienie dla zastrzeżenia informacji jako tajemnica. W toku badania i oceny ofert Zamawiający odtajnił referencje, które wystawił Przystępującemu podmiot zobowiązany do stosowania ustawy Pzp. Już po wyborze oferty najkorzystniejszej, w związku z zajęciem stanowiska przez Odwołującego, przed wniesieniem odwołania, Zamawiający odtajnił uzasadnienie dla zastrzeżenia informacji jako tajemnicy, część informacji wynikających z referencji i zobowiązania o zapewnieniu dodatkowej pralni,

w zakresie w jakim odnosiły się te informacje do treści ustalonego warunku udziału w postępowaniu, bez ujawnienia danych identyfikujących podmioty, które wystawiły referencje i zobowiązanie.

Biorąc pod uwagę ustalony w postępowaniu stan faktyczny, Izba uznała, iż odwołanie podlegało oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Przystępującego określonych informacji, w szczególności tożsamości podmiotów, od których pochodziły referencje załączone do oferty Przystępującego.

W zakresie uwag natury ogólnej, zauważyć należy, iż definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- i) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
- ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Oдноśnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Oдноśnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Oдноśnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona

informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Dalej dostrzeżenia wymaga, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania powinna być interpretowana w sposób ścisły, a Zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Podkreślić należy, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony, zaś brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia.

Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego w toku postępowania przepisu przepisów wskazanych w danej części petitum odwołania Izba uznała za niezasadne.

Istotą sporu było, czy informacje znajdujące się w ofercie Przystępującego Pralnia Silesia, zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa walor ten istotnie posiadają.

Jak już podkreślono zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest generalną i naczelną zasadą zamówień publicznych, zaś wszelkie wyjątki od niej winny być interpretowane w sposób ścisły, ostrożny i uzasadniony obiektywnymi okolicznościami faktycznymi i prawnymi. Zasada jawności postępowania obejmuje wszelkie zainteresowane podmioty, a więc jest zasadą *erga omnes*. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z okolicznością, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami podmiotu Zamawiającego oraz w ramach kryteriów oceny ofert. W tym zakresie oferty winny być jawne nie tylko dla pozostałych wykonawców ale również dla każdego zainteresowanego.

Realizacja wyjątków od zasady jawności uregulowanej w ustawie Pzp jest oparta na przepisach szczególnych, w tym przepisach ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest

uwarunkowane subiektywnymi odczuciami Wykonawcy, a wręcz przeciwnie - konieczne jest spełnienie czynników o charakterze obiektywnym. Powyższy przepis przyznaje wykonawcom prawo do ochrony informacji spełniających kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym mogą oni zgodnie z uregulowaniami art. 8 ust. 4 ustawy Pzp zastrzec tego rodzaju informacje, co jednak nie pozbawia tej czynności jakiegokolwiek kontroli. Podstawą faktyczną uznania danej informacji za podlegającą ochronie jest jej charakter oraz przedsiębrane przez wykonawcę czynności zmierzające do jej ochrony i zachowania jej poufnego charakteru.

W świetle ugruntowanego orzecznictwa, w celu zachowania zasady jawności w prowadzonym postępowaniu zamawiający ma obowiązek weryfikacji dokonanego przez wykonawców zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, pod kątem jego zasadności. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, sygn. akt III CZP 74/05. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Tym samym zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku przeprowadzonego odpowiedniego badania przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Badanie to powinno polegać na wszechstronnej analizie zarówno treści zawartych w zastrzeżonych dokumentach, jak i okoliczności towarzyszących zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie może natomiast w sposób bezkrytyczny opierać się jedynie na zastrzeżeniu, lecz winien oczekiwać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony.

Podkreślić należy, iż przyczyny wyłączenia jawności winny mieć charakter na tyle obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja zarówno przez Zamawiającego, jak i w postępowaniu odwoławczym. Ponadto Zamawiający nie może zastrzeżonych informacji traktować całościowo, ale musi do każdej informacji podchodzić indywidualnie i w efekcie tych działań może w stosunku do niektórych informacji uznać, że można je ujawnić mimo formalnie poprawnego zastrzeżenia dokonanego przez wykonawcę.

W przedmiotowym postępowaniu nie ulega wątpliwości, że Zamawiający dochował należytej staranności, przy badaniu skuteczności zastrzeżenia części informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Już na wstępnym etapie badania i oceny ofert Zamawiający zdecydował, że ujawni wszystkie informacje pochodzące od podmiotów publicznych, zobowiązanych do stosowania regulacji Pzp. Działania te należy uznać za jak najbardziej prawidłowe. Następnie Zamawiający wnikliwie zbadał treść informacji pochodzących od podmiotów prywatnych i również zdecydował się na ich częściowe odtajnienie, w takim zakresie w jakim odnosiły się one do jawnej dla wszystkich treści warunku udziału w postępowaniu. Taki sposób i przebieg oceny potwierdzają znajdujące się w dokumentacji

z postępowania przesłanej do Izby, protokoły z posiedzeń komisji przetargowej. Zamawiający w trakcie badania skuteczności zastrzeżenia wziął pod uwagę uzasadnienie załączone do oferty przez Przystępującego, a także prowadził samodzielną analizę, na przykład przez sprawdzenie, czy informacje z wykazu usług dostępne są na stronach internetowych autorów referencji. Odwołujący miał więc wiedzę, jaki zakres zadania potwierdzają referencje, a w przypadku oświadczenia o zapasowej pralni odmówiono mu jedynie informacji o adresie tej jednostki. Tymczasem Odwołujący w żaden sposób nie próbował nawet podważyć wiarygodności znanych mu dokumentów ale ograniczył się do lakonicznych twierdzeń o niepotwierdzeniu spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego i nieprawidłowości działań Zamawiającego przy odtajnieniu dokumentów (również bliżej w odwołaniu nieokreślonych).

Ponadto nie można zapominać, że Przystępujący wraz z ofertą złożył stosowne wyjaśnienia, dlaczego powyższą (indywidualnie przez niego określoną) materię traktować należy jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Przedstawił też w tym zakresie argumentację uzasadniającą zastrzeżenie, wskazując że dane informacje dotyczą rynków zbytu, źródeł zaopatrzenia, stosowanych technologii i tożsamości kontrahentów. Zgodzić należy się z Odwołującym, że wyjaśnienia te nie były zbyt rozbudowane, ale wbrew twierdzeniom Odwołującego, w wystarczająco szczegółowy sposób wskazywały na charakter zastrzeżonych informacji oraz podjęte przez wykonawcę środki, aby dana informacja nie była znana ogółowi uczestników postępowania. Odniesiono się do faktu jaką wartość gospodarczą posiadają dane informacje dla wykonawcy. Fakt istotności tych informacji potwierdza już treść odwołania i przebieg rozprawy przed Izbą, ponieważ na żadnym etapie Odwołujący nie był w stanie zidentyfikować podmiotów, dla których Przystępujący wykonuje usługi. Niewątpliwie pokazuje to określoną wartość tych informacji leżącą w sferze zainteresowań Odwołującego oraz pokazuje skuteczność działań Przystępującego prowadzonych w celu nieujawniania tych informacji ogółowi. Wykonawca Przystępujący także na rozprawie wskazywał konkretne argumenty, które uzasadniają prawidłowość zastrzeżenia, przedstawił również dodatkowe dokumenty, które potwierdziły stosowanie określonych zasad polityki bezpieczeństwa informacji, na przykład przy zawieraniu umów z pracownikami, czy podmiotami świadczącymi dla Przystępującego usługi transportowe.

Po szczegółowej analizie uzasadnienia zastrzeżenia oraz po wysłuchaniu stanowiska Przystępującego, a także stanowiska Zamawiającego przedstawionego na rozprawie, uznano, że informacje zawarte w wyjaśnieniach Przystępującego mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, a także że spełnione zostały poszczególne przesłanki określone art. 11 ust. 4 uznk.

W ocenie składu orzekającego Izby informacje ujęte w wyjaśnieniach odnoszących się do referencji stanowią, w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz przepisów

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, informacje posiadające dla danego przedsiębiorcy wartość gospodarczą, ponieważ są to informacje o nazwach poszczególnych podmiotów, a co ważniejsze odnoszą się do warunków handlowej współpracy między Przystępującym a tymi podmiotami. Mogą i posiadają one zatem szczególną wartość gospodarczą ze względu na przywołane tam uwarunkowania rynkowe. Wskazać należy, że wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w możliwości wykorzystania tej informacji w walce konkurencyjnej. Chodzi więc o wykazanie, że dana informacja dotyczy działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej. W orzecznictwie przyjmuje się, że informacje składające się na tajemnice przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczający (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt II PK 49/14). Niewątpliwie z taką informacją mamy w przedmiotowym postępowaniu do czynienia. Informacja o danym rynku usługodawców i zasadach współpracy z tymi podmiotami wpisuje się w charakter informacji istotnych z punktu widzenia działalności danego wykonawcy.

Nie ulega wątpliwości, że dysponentem informacji zawartych w ofertach handlowych potencjalnych usługodawców są właśnie te podmioty trzecie, nie zaś wykonawca. Skoro zaś podmioty te nie wyraziły zgody w treści składanych ofert do ujawniania informacji, to tym samym uznać należy, że informacje te noszą przymiot informacji poufnych, a podmiot taki nie wyraził woli przekazania informacji poufnych. Ze złożonych w postępowaniu odwoławczym oświadczeń wynikało, iż z uwagi na przyjętą politykę poufności, informacje objęte oświadczeniem nie mogą udostępniane podmiotom zewnętrznym i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zauważyć dalej należy, że Odwołujący nie wykazał, by informacje z oferty Przystępującego miały charakter publiczny, o czym wspomniano w uzasadnieniu już wcześniej. Odwołującemu nie udało się prawidłowo określić tożsamości podmiotów. Wskazywał On jedynie, że Zamawiający powinien znać rynek lokalny i przedstawione dokumenty powinny budzić jego uzasadnione wątpliwości. Nie umiał jednak wskazać, z jakich powodów dokumenty te należałoby uznać za niewiarygodne, dlaczego treść tych dokumentów powinna budzić wątpliwości. Za prawidłowością twierdzeń Odwołującego nie przemawiała złożona na rozprawie „Informacja o wykluczeniu” Przystępującego w postępowaniu prowadzonym przez inny podmiot. Po pierwsze Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że w obu postępowaniach Przystępujący posługiwał się tożsamymi referencjami. Skoro Odwołujący uzyskał informację o wykluczeniu, to w podobny sposób

mógł sprawdzić treść oferty, czy i w jakim zakresie pokrywa się ona z treści oferty Przystępującego w przedmiotowym postępowaniu. Po drugie zaś, nie można nie zauważyć, że w obu postępowaniach w zupełnie odmienny sposób ustalono warunki udziału w postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał doświadczenia tożsamego rodzajowo rozumianego jako świadczenie kompleksowych usług pralniczych i napraw szwalniczych wraz z transportem o wartości brutto nie mniejszej niż 300 000,00 zł brutto, podczas gdy w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Specjalistyczny w Zabrze należało posiadać doświadczenie przy usługach pralniczych polegających na praniu bielizny szpitalnej. Zatem złożony dokumentów nie mógł potwierdzać zasadności zarzutów sformułowanych w odwołaniu.

Izba stwierdza, iż na podstawie otrzymanych wyjaśnień Zamawiający zasadnie doszedł do wniosku o skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca Odwołujący się nie przedstawił merytorycznej i obiektywnej argumentacji przemawiającej za tym, aby przychylić się do zniesienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w przypadku oferty Przystępującego. Zamawiający dochował należytej staranności w przeprowadzeniu procesu badania skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Z tych względów uznano, że swoim postępowaniem Zamawiający nie naruszył przepisów odnoszących się do przestrzegania zasady jawności w postępowaniu.

Odnosnie pozostałych zarzutów, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 24 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący poza przywołaniem określonych podstaw prawnych nie przedstawił jakichkolwiek okoliczności faktycznych, które uzasadniałyby możliwość wystąpienia określonych naruszeń. W żaden sposób nie uzasadniono dlaczego treść oferty Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ i dlaczego powinna zostać odrzucona. Jak już wcześniej w uzasadnieniu orzeczenia zauważono, w przypadku zarzutu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, także ograniczono się do samego tylko stwierdzenia, bez jakiegokolwiek argumentacji merytorycznej, na czym owo niespełnienie warunku miałoby polegać.

W orzecznictwie podkreśla się, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Istota kontradyktoryjności zawiera się natomiast w ograniczeniu roli organu/sądu prowadzącego postępowanie, a pozostawieniu inicjatywy w zakresie podejmowanych czynności stronom - uczestnikom postępowania, które zaangażowane są w spór. To strony - uczestnicy postępowania wyznaczają zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiednie wnioski o charakterze dyspozytywnym (na gruncie postępowania cywilnego - pozw, lub wniosek w postępowaniu nieprocesowym, a w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą - odwołanie). Ten wniosek rozpoczynający spór między stronami

wyznacza zakres rozstrzygnięcia postępowania, określa jego ramy, wskazując zarazem intencje Odwołującego.

Te postulaty znajdują wyraz w stawianych zarzutach oraz - a może przede wszystkim - w odpowiadających im żądaniach. Postępowanie odwoławcze nie służy bowiem przedstawieniu ogólnego niezadowolenia wykonawcy z określonych czynności lub zaniechań Zamawiającego, ale zmierza do uzyskania pewnego - czyniącego zadość interesom Odwołującego - stanu, znajdującego wyraz w postawionych żądaniach. Żądania wyznaczają bowiem oczekiwany przez Odwołującego stan rzeczy. Stąd tak istotne są żądania stawiane w konkretnym postępowaniu odwoławczym - ich czytelne przedstawienie oraz wskazanie związku ze stawianymi zarzutami. Przypomnienia wymaga, że pełne przedstawienie zarzutów i żądań w odwołaniu ma znaczenie nie tylko dla zachowania ustawowego, zawitego terminu na jego wniesienie ale także - wobec obowiązku przekazania kopii odwołania zamawiającemu - służy zapewnieniu możliwości analizy jego zasadności i podjęcia ewentualnej decyzji o jego uwzględnieniu. Na podstawie podniesionych zarzutów wraz z korespondującymi z nimi żądaniemi, Zamawiający może opracować odpowiedź na odwołanie, rozważyć decyzję o uwzględnieniu zarzutów w całości (art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp). Poznanie pełnej, właściwej treści zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych oraz załączonych dowodów zawartych w odwołaniu złożonym w terminie określonym przez prawo, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów.

W konsekwencji, zgodzić się trzeba, że na gruncie analizowanej sprawy, postawienie ogólnych, wręcz blankietowych zarzutów mogło stanowić przeszkodę dla Zamawiającego w ustaleniu intencji Odwołującego i uniemożliwić ewentualną decyzję w przedmiocie uwzględnienia odwołania. Odwołujący precyzyjnie winien wskazać, w jakim zakresie przedstawione okoliczności nie są zgodne z przepisami i naruszają jego interesy. Krajowa Izba Odwoławcza nie może zastąpić w tym zakresie Odwołującego. Jej zadaniem jest zbadanie prawidłowości postępowania Zamawiającego przy prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w konfrontacji z nieprawidłowościami, na które wskazuje strona Odwołująca. Jeżeli zaś strona, na której spoczywa obowiązek dowodowy ogranicza się do blankietowych twierdzeń, Izba winna jest takie odwołanie oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: